Sygn. akt: KIO 3644/23

WYROK

z dnia 22 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Beata Konik
Aleksandra Kot
Mateusz Paczkowski

Protokolantka:Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie 19 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 4 grudnia 2023 r. przez odwołującego POLAQUA spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wólce Kozodawskiej w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, przy udziale Stecol Corporation z siedzibą w Tianjin zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego i Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

2.2.Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą sumę kosztów poniesionych przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca: ……..…

……..…

……..…

Sygn. akt: KIO 3644/23

UZASADNIENIE

Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, prowadzący postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku (dalej:*„Zamawiający”*) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn.: *„Projekt i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku: węzeł Sokółka Północ (bez węzła) – węzeł Czarna Białostocka (z węzłem)”* nr postępowania: O.Bl.D-3.2410.1.2023.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 5 lipca 2023 r. nr 2023/S 127-404447.

W postępowaniu tym wykonawca POLAQUA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wólce Kozodawskiej (dalej: *„Odwołujący”*) 4 grudnia 2023 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Stecol Corporation z siedzibą w Tianjin (dalej: *„Stecol”*) oraz wobec zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Stecol z postępowania i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, mimo że

Stecol w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, gdyż na skutek nieprawidłowych działań i zaniechań Stecol będącego generalnym wykonawcą przebudowy obwodnicy Nanwaihuan w rejonie Nanqu miasta Zhongshan w Chinach oraz nieprawidłowych działań i zaniechań podwykonawcy W. Y., za które Stecol ponosił odpowiedzialność jako generalny wykonawca, w dniu 13 kwietnia 2022 r. doszło do wypadku, w którym wskutek poniesionych obrażeń śmierć poniosła jedna osoba – pracownik budowy Pan J. X., co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą publicznie dostępnego dowodu – sprawozdania zespołu utworzonego przez Biuro Zarządzania Kryzysowego Miasta Zhonghsan, a jednocześnie Stecol ani nie przyznał, ani nie wyjaśnił Zamawiającemu faktów i okoliczności tego zdarzenia, ani także nie udowodnił, że z własnej inicjatywny podjął środki, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, podczas gdy, już w ww. sprawozdaniu wyraźnie określono szereg działań naprawczych i prewencyjnych, jakie Stecol powinien podjąć w związku z wypadkiem;

2)art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp lub art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Stecol z postępowania i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy, mimo że Stecol w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, przez zaznaczenie odpowiedzi „NIE" na pytanie, czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego, zawarte w oświadczeniu o braku podstaw wykluczenia złożonym w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej: „JEDZ"), podczas gdy Stecol w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe poprzez szereg nieprawidłowych działań i zaniechań, których następstwem był wypadek z dnia 13 kwietnia 2022 r. podczas przebudowy obwodnicy Nanwaihuan w rejonie Nanqu miasta Zhongshan w Chinach, w którym wskutek poniesionych obrażeń poniosła śmierć jedna osoba – pracownik budowy Pan J. X., przy czym ww. przedstawienie informacji wprowadzających w błąd mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, ponieważ Zamawiający uznał, że wykonawca Stecol nie podlega wykluczeniu i dokonał wyboru oferty Stecol, jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2)powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu;

3)wykluczenie wykonawcy Stecol i odrzucenia oferty Stecol.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę. Odwołujący wskazał, że złożona przez niego oferta w postępowaniu została sklasyfikowana na drugim miejscy rankingu ofert.

Odwołujący wskazał, że w treści SWZ w pkt. 9.2. podpunkty 5), 8) i 10)Zamawiający wskazał na zastosowanie w Postępowaniu fakultatywnej przesłanki wykluczenia dotyczącej poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a także fakultatywnej przesłanki wykluczenia odnoszącej się do wprowadzenia Zamawiającego w błąd w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, zawartej w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, jak również fakultatywnej przesłanki wykluczenia związanej z przedstawieniem przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przewidzianej w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

W dalszej Kolejności Odwołujący wyjaśnił, że Wykonawca Stecol złożył wraz z ofertą oświadczenie w formie JEDZ, w którym na pytanie zawarte w części III lit. C*„Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego? W stosownych przypadkach zob. definicje w prawie krajowym stosownym ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia."* zaznaczył odpowiedź *„NIE"*, mimo, iż w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe przez szereg nieprawidłowych działań i zaniechań, których następstwem był wypadek z dnia 13 kwietnia 2022 r. podczas przebudowy obwodnicy Nanwaihuan w rejonie Nanqu miasta Zhongshan w Chinach, w którym wskutek poniesionych obrażeń poniosła śmierć jedna osoba – pracownik budowy Pan J. X.

Mimo powyższego, Zamawiający wybrał ofertę Stecol jako najkorzystniejszą.

Ad zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Stecol na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (poważne naruszenie obowiązków zawodowych)

Odwołujący podniósł, że podstawę faktyczną zarzutu zaniechania wykluczenia Stecol z Postępowania jako wykonawcy winnego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych stanowią informacje o rażąco nieprawidłowym postępowaniu Stecol, pochodzące z oficjalnego sprawozdania z śmiertelnego wypadku, który miał miejsce w dniu 13 kwietnia 2022 r. na placu budowy obwodnicy Nanwaihuan w rejonie Nanqu miast Zhongshan w Chinach (dalej:*„Sprawozdanie"*), publicznie dostępnego na chińskiej rządowej stronie internetowej Biura Zarządzania Kryzysowego miast Zhonghsan (strona o domenie rządowej – gov.cn) pod adresem:

http://www.zs.gov.cn/yjj/aqsczdxxgk/scaqsgdcbgxx/content/post_2135385.html.
Odwołujący wskazał, że Sprawozdanie sporządził zespół dochodzeniowy ds. wypadku utworzony przez Biuro Zarządzania Kryzysowego Miasta Zhongshan po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego.
Odwołujący wyjaśnił, że treści w języku chińskim zawarte na stronie dostępnej pod ww. adresem zostały utrwalone przez Odwołującego w protokole spisanym w formie aktu notarialnego, który został załączony do Odwołania. Odwołujący wskazał ponadto, że zlecił wykonanie tłumaczenia przysięgłego treści strony dostępnej pod ww. adresem z języka chińskiego na język polski. Tłumaczenie to również stanowi załącznik do Odwołania.
Odwołujący wskazał, że do śmiertelnego wypadku opisanego w Sprawozdaniu doszło przy realizacji inwestycji, której generalnym wykonawcą był Stecol, o nazwie *„przebudowa obwodnicy Nanwaihuan”*, w ramach której przewidziano wykonanie prac na odcinku o łącznej długości 11,83 km o wartości 3.968.351.700,00 CNY (kwoty stanowiącej na dzień wnoszenia Odwołania równowartość około 2,2 mld złotych). Odwołujący podkreślił, że na podstawie treści Sprawozdania nie budzi wątpliwości, że to Stecol był generalnym wykonawcą. Odwołujący następnie zwrócił uwagę, że w opisie przebiegu wypadku zawartym na str. 3 tłumaczenia Sprawozdania wskazano, że do śmiertelnego wypadku doszło przy wykonywaniu prac obejmujących demontaż miejskiego oświetlenia drogowego i komplementarnych przewodów elektrycznych oraz znaków drogowych, których wykonanie Stecol zlecił podwykonawcy – W.owi Y.. Odwołujący wskazał, że Stecol zawarł z podwykonawcą W.em Y. jedynie ustną umowę, w ramach której nie określono warunków bezpieczeństwa, ani nie sprecyzowano odpowiedzialności poszczególnych stron za przestrzeganie zasad bezpieczeństwa i higieny pracy. Po podjęciu podwykonawstwa W. Y. zatrudnił pięciu pracowników tymczasowych, w tym Pana J. X. do wykonania w dniu 13 kwietnia 2022 r. prac demontażowych oświetlenia. Pracownikom przed przystąpieniem do prac nie zostały przekazane zasady realizacji technicznej i bezpieczeństwa. Do wykonania prac nie oddelegowano wykwalifikowanego personelu towarzyszącego, pomimo że prace związane z podczepianiem ładunku wymagają odpowiedniego przeszkolenia i powinny być wykonywane przez kompetentnego hakowego – operatora do przymocowania liny i kierowania pracą żurawia. W dniu 13 kwietnia 2022 r. około godziny 10:00 w trakcie demontażu dziewiątej latarni, kiedy odcinanie dolnej części słupa oświetleniowego nie zostało jeszcze ukończone, ramiona latarni nagle zerwały się z niedostatecznie zaciśniętej liny podnoszącej i spadły, przygniatając J. X., któremu W. Y. przydzielił prace związane z odcięciem dolnej części słupa oświetleniowego. Robotnicy znajdujący się na miejscu zdarzenia przewieźli J. X. do szpitala, jednak późniejsze działania ratunkowe były bezskuteczne i nastąpił zgon. Odwołujący wskazał, że do powyższego wypadku doszło przy złamaniu przez kierowcę żurawia samojezdnego jednej z najbardziej podstawowych zasad bezpieczeństwa, w myśl której nie wolno przemieszczać transportowanego ładunku, jeżeli pod unoszonym obiektem znajduje się człowiek. Odwołujący podkreślił, że ze Sprawozdania wynika, że wbrew - ustawowym obowiązkom - Stecol nie kontrolował prac wykonywanych przez podwykonawcę, w tym nie delegował inspektora bezpieczeństwa w celu nadzorowania prac. Pomimo opracowania planu specjalistycznych prac budowlanych Stecol nie wdrożył zawartych w nim zasad bezpieczeństwa. Stecol nie egzekwował od zatrudnionych pracowników ścisłego przestrzegania planu. W Sprawozdaniu zauważono również, że Stecol nie przestrzegał porządku wykrywania i reagowania na zagrożenia w miejscu pracy. Jak wskazał Odwołujący, z informacji zawartych na str. 5-6 tłumaczenia Sprawozdania wynika, że w tygodniach bezpośrednio poprzedzających dzień tragicznego wypadku, organy administracji nadzorujące prace w ramach prowadzone przez Stecol w ramach przebudowy obwodnicy Nanwaihuan przeprowadziły szereg kontroli, w których wykryły nieprawidłowości oraz nakazały Stecol skorygowanie błędów.
Odwołujący wyjaśnił, że Miejski Urząd Mieszkalnictwa i Rozwoju Obszarów Miejskich i Wiejskich w dniach 1 marca 2022 r., 16 marca 2022 r. oraz 29 marca 2022 r. przeprowadził rutynowe patrole pod kątem zapewnienia bezpieczeństwa na terenie inwestycji i wydał „Zawiadomienie o konieczności dokonania korekt w związku z potencjalnymi zagrożeniami w miejscu prowadzenia robót budowlanych”. Z kolei Urząd Rejonu Nanqu odbył patrole na terenie inwestycji w dniach 2 marca 2022 r. i 6 kwietnia 2022 r., a także trzykrotnie w dniach 11 marca 2022 r., 31 marca 2022 r. oraz 6 kwietnia 2022 r. przeprowadził spotkania robocze dotyczące zapewnienia bezpieczeństwa prac budowlanych oraz spotkania dotyczące prewencji wypadków, apelując do Stecol o wzmożenie zarządzania w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa. Ponadto w dniu 18 marca 2022 r. w odpowiedzi na zaistniałe poważne zagrożenie Urząd zorganizował spotkanie ze Stecol i apelował o wzmożenie zarządzania w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa w miejscu pracy.
Odwołujący zwrócił uwagę, że pomimo podejmowania licznych działań kontrolnych przez właściwe, publiczne organy nadzoru nad prowadzonymi robotami budowlanymi, w Sprawozdaniu brak jest informacji o podjęciu na początku kwietnia 2022 r. przez Stecol jakichkolwiek działań mających na celu poprawę zarządzania bezpieczeństwem na budowie. Przeciwnie, zdaniem Odwołującego, fakt zajścia w dniu 13 kwietnia 2022 r. śmiertelnego wypadku opisanego powyżej dowodzi, że takie działania nie zostały podjęte.
Odwołujący podkreślił, że po uwzględnieniu wszystkich opisanych powyżej okoliczności zespół powołany do zbadania wypadku w sposób jednoznaczny przypisał odpowiedzialność za zaistnienie wypadku Stecol oraz zaangażowanemu przez Stecol podwykonawcy W.owi Y. (por. str. 6 tłumaczenia Sprawozdania).

Odwołujący zaznaczył, że w Sprawozdaniu wyraźnie określono szereg działań naprawczych i prewencyjnych, jakie powinien podjąć Stecol w związku z wypadkiem, jak również sankcje, które powinny nałożyć na Stecol właściwe organy. Zespół ds. wypadku nakazał Stecol zwolnić dyscyplinarnie kierownika robót Q. H., będącego główną osobą odpowiedzialną za roboty budowlane z ramienia Stecol, który nie był w stanie prawidłowo wykonać obowiązków związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa.

W ocenie Odwołującego, nakazanie dyscyplinarnego zwolnienia kierownika budowy stanowi bardzo dolegliwą sankcję, która świadczy o powadze uchybień stwierdzonych po stronie generalnego wykonawcy. Dodatkowo zespół ds. wypadku zarekomendował nałożenie przez Biuro Zarządzania Kryzysowego Miasta Zhongshan kary administracyjnej na Stecol oraz na kierownika robót Q. H..

Odwołujacy wskazał, że obok nałożenia na Stecol obowiązku pociągnięcia do odpowiedzialności personelu odpowiedzialnego za prace, przy których wykonywaniu doszło do naruszeń oraz nałożenia kar administracyjnych, zespół ds. wypadku zobowiązał również STECOL do podjęcia szeregu działań naprawczych i prewencyjnych. Zespół ds. wypadku nakazał Stecol dokonać natychmiastowej i kompleksowej poprawy w kontekście ujawnionych w toku wypadku nieprawidłowości z zakresu zarządzania bezpieczeństwem, w tym postępowania przy współpracy z podwykonawcami. Stecol został również zobligowany do wzmożenia instruowania pracowników na temat bezpieczeństwa, podniesienia świadomości przepisów bezpieczeństwa ogółu pracowników, zniwelowania potencjalnych zagrożeń oraz przeciwdziałania podobnym wypadkom w przyszłości.

Zdaniem Odwołującego, w świetle przytoczonej treści Sprawozdania nie może ulegać wątpliwości, że działania i zaniechania Stecol stanowiły naruszenie wielu norm prawnych z różnych gałęzi prawa, w tym prawa cywilnego, karnego, pracy i administracyjnego, jak również norm etycznych przyjmowanych przez podmioty prowadzące działalność zawodową w branży budowlanej. Nie sposób więc ograniczyć oceny postępowania Stecol jedynie do kategorii nienależytego wykonywania wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, czy naruszenia obowiązków z dziedziny prawa pracy. W ocenie Odwołującego działania i zaniechania Stecol należy zakwalifikować jako poważne naruszenie obowiązków zawodowych, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że naganne postępowanie Stecol polegało na szerokiej sferze obiektywnie nieprawidłowych działań i zaniechań związanych z wykonywaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Do skutku w postaci wypadku, którego następstwem była śmierć Pana J. X. w najbardziej bezpośredni sposób przyczyniły się naruszenia związane z: i) nieprawidłową organizacją prowadzenia prac budowlanych, ii) nieprawidłowym uregulowaniem stosunku z podwykonawcą, a także iii) brakiem wdrożenia zaleceń wynikających z uprzednich kontroli dokonywanych przez właściwe organy władzy publicznej.

Odwołujący przypomniał, że w szczególności brak sprawowania przez wykonawcę odpowiedniej kontroli nad pracami podwykonawcy, w tym brak podpisania stosownej umowy, był już w przeszłości kwalifikowany przez orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jako poważne naruszenie obowiązków zawodowych, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i to w przypadkach, w których skutkami nieprawidłowych działań i zaniechań było naruszenie dóbr o mniejszej wadze niż życie człowieka. W tym zakresie Odwołujący powołał się na stanowisko izby wynikające z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 811/22, KIO 812/22, gdzie Izba uznała za poważne naruszenie obowiązków zawodowych sytuację, w której wykonawca nie kontrolował wykonywania zamówienia przez swoich podwykonawców, którzy dopuścili się nielegalnej utylizacji odpadów.

Odwołujący wskazał, że podobnie jak w powyższej sprawie będącej przedmiotem rozstrzygnięcia Izby, postępowanie Stecol przy realizacji przebudowy obwodnicy Nanwaihuan również obejmowało brak podpisania właściwych umów z podwykonawcami.

W ocenie Odwołującego, działania i zaniechania STECOL wypełniają wszystkie elementy dyspozycji art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności nie może ulegać wątpliwości, że naruszenie obowiązków przez Stecol było zawinione. W Sprawozdaniu jasno i precyzyjnie wskazano szereg konkretnych, rażących uchybień, jakich dopuścił się Stecol jako generalny wykonawca przebudowy obwodnicy Nanwaihuan. W Sprawozdaniu nie sposób odnaleźć okoliczności, które mogłyby wyłączać winę Stecol za działania i zaniechania będące przyczyną śmiertelnego wypadku z 13 kwietnia 2022 r. Postępowanie Stecol niewątpliwie stanowiło również naruszenie obowiązków o poważnym charakterze. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że przy ocenie powagi naruszenia należy uwzględniać m.in. obiektywne skutki naruszenia oraz jego wpływ na utratę wiarygodności danego wykonawcy. Odwołujący powołał się na stanowisko Izby zawarte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 maja 2023 r., sygn. akt KIO 1118/23. Odwołujący wskazał, że w okolicznościach tej sprawy obiektywne skutki naruszenia obowiązków przez Stecol muszą zostać uznane za poważne, gdyż jednym z nich była śmierć człowieka. Odmienna ocena powagi konsekwencji wypadku z Zhongshan jest zdaniem Odwołującego niedopuszczalna. W każdym systemie prawnym godność człowieka i jego życie stanowią najwyższe wartości chronione przez prawo. W Polsce wartości te są chronione wprost w przepisach art. 30 i art. 38 Konstytucji

Rzeczypospolitej Polskiej. Odwołujący podkreślił, że naruszenie obowiązków zawodowych przez Stecol podważa jego uczciwość, jak również poddaje w wątpliwość jego zdolność do należytego wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego. W świetle Sprawozdania wykonawca ten nie sprawuje bowiem odpowiedniej kontroli nad pracami wykonywanymi przez podwykonawców, jak również nie zarządza w prawidłowy sposób bezpieczeństwem i higieną pracy, a także nie stosuje się do wytycznych właściwych organów nadzorujących roboty budowlane, które dostrzegając istniejące nieprawidłowości wzywają do podjęcia określonych działań zaradczych, aby chronić zdrowie i życie ludzkie przed naruszeniami.

Odwołujący podniósł, że zaznaczyć, że obecnie większość dużych firm budowlanych w Polsce, jak również w Europie Zachodniej traktuje prace wykonywane przez podwykonawców na równi z pracami wykonywanymi przez siły własne. Podejście do bezpieczeństwa i higieny pracy jest więc takie same zarówno dla pracowników własnych, jak i podwykonawców. Wynika to choćby z normy ISO 45001:2018 (norma nie jest obowiązkowa, jednak jej stosowanie przez wykonawców jest rekomendowane), która szeroko definiuje pracownika jako każdą osobę wykonującą pracę lub działania związane z pracą, która znajduje się pod nad nadzorem organizacji – a więc również pracownika podwykonawcy.

Odwołujący powołując się na dane pochodzące z Eurostatu, wskazał że liczba wypadków śmiertelnych na 100 tys. pracowników uległa w przeciągu zaledwie 10 lat zmniejszeniu aż o 76% z liczby 21,49 wypadków na 100 tys. pracowników w 2009 r. do 5,18 wypadków na 100 tys. pracowników w 2018 r. Tym samym Polska z kraju o najwyższej liczbie wypadków śmiertelnych znalazła się wśród państw Unii Europejskiej o najniższym wskaźniku najpoważniejszych wypadków.

Zdaniem Odwołującego, zaaprobowanie tak niskiego standardu działania w zakresie zarządzania bezpieczeństwem i współpracy z podwykonawcami jak działania i zaniechania STECOL przedstawione w Sprawozdaniu, mogłoby prowadzić do ponownego zwiększenia się liczby śmiertelnych wypadków w polskim budownictwie.

Odwołujący wskazał ponadto, że zapewnienie wysokich standardów bezpieczeństwa i ochrony zdrowia w czasie wykonywania robót budowlanych jest również regulowane aktami prawnymi na poziomie Unii Europejskiej. W tym zakresie Odwołujący zwrócił uwagę w szczególności na przepisy Dyrektywy Rady z dnia 24 czerwca 1992 r. w sprawie wdrożenia minimalnych wymagań bezpieczeństwa i ochrony zdrowia na tymczasowych lub ruchomych budowach (ósmej szczegółowej dyrektywy w rozumieniu art. 16 ust. 1 dyrektywy 89/391/EWG).Odwołujący wyjaśnił, że wskazana wyżej dyrektywa przewiduje, że na generalnym wykonawcy robót budowlanych jako *„inwestorze zastępczym”* w rozumieniu art. 2 lit. c) dyrektywy spoczywa szereg obowiązków w dziedzinie zarządzania bezpieczeństwem. W świetle art. 5 i 6 dyrektywy (odczytywanych w zw. z art. 7 dyrektywy, który uniemożliwia zwolnienie się z odpowiedzialności za naruszenie tych przepisów przez inwestora zastępczego, nawet w przypadku wyznaczenia koordynatora do ich wykonywania) generalny wykonawca powinien m.in. koordynować wprowadzenie podstawowych zasad prewencji i zapewnienia bezpieczeństwa, koordynować wprowadzenie odpowiednich postanowień zapewniających, że pracownicy konsekwentnie stosują zasady z art. 8 dyrektywy i przestrzegają, tam gdzie jest to wymagane, zasad zawartych w planie bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, jak również koordynować przedsięwzięcia mające na celu sprawdzenie prawidłowości planów pracy zarówno przez siły własne, jak i podwykonawców.

W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego, postępowanie Stecol należy uznać nie tylko za obiektywnie nieprawidłowe, lecz także za sprzeczne z minimalnymi wymaganiami obowiązującymi w Unii Europejskiej. Odwołujący wskazał, że już tylko zespół ds. wypadków zawarł w samym Sprawozdaniu przedstawił bardzo konkretną propozycję działań, jakie powinien podjąć Stecol w celu poprawy. Środki takie jak zwolnienie kierownika robót odpowiedzialnego za zaistniałe naruszenia czy daleko posunięta reorganizacja procedur stanowią typowe narzędzia w ramach dostępnej dla wykonawcy procedury tzw. self-cleaningu, o której mowa w art. 110 ust. 2 p.z.p. Pomimo więc, że ustawa Pzp dawała Stecol możliwość podjęcia działań, które zapobiegłyby wykluczeniu z postępowania, wykonawca ten nie skorzystał z przewidzianej prawem procedury, tj. nie przyznał ani nie wyjaśnił faktów i okoliczności wypadku z Zhongshan z 13 kwietnia 2022 r. ani także nie wykazał podjęcia konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, choć te zostały już wskazane przez właściwe organy w Chinach.

Zdaniem Odwołującego, za działania, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp nie można uznać złożenia w Postępowaniu w dniu 28 września 2023 r. informacji uzupełniających do JEDZ. W wiadomości tej próżno bowiem szukać szczegółowych informacji co do wypadku z Zhongshan z dnia 13 kwietnia 2022 r. ani jakiegokolwiek przyznania, że Stecol dopuścił się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Dokumenty te zawierają jedynie informacje o nałożeniu na Stecol bliżej niesprecyzowanych mandatów w związku z naruszeniem obowiązków z zakresu prawa pracy i prawa ochrony środowiska (w kontekście niestosowanej w Postępowaniu przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp). Nałożenie takich sankcji mogłoby zostać uznane co najwyżej za jedynie jeden z aspektów poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, nie mający jednak kluczowego znaczenia dla zarzutów Odwołania.

Odwołujący podkreślił, że zdarzenie stanowiące podstawę wykluczenia miało miejsce 13 kwietnia 2022 r., stąd też w Postępowaniu w stosunku do Stecol nadal trwa 3-letni okres wykluczenia określony w art. 111 pkt 4) ustawy Pzp.

Ad zarzutu zaniechania wykluczenia Stecol na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp (wprowadzenie w błąd)
W ocenie Odwołującego, Stecol dopuścił się również wprowadzenia Zamawiającego w błąd wskutek przedstawienia nieprawdziwych informacji w oświadczeniu złożonym w Postępowaniu na formularzu JEDZ. Wykonawca ten zaznaczył odpowiedź *„NIE"* na pytanie cz. III lit. C JEDZ *„Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego? W stosownych przypadkach zob. definicje w prawie krajowym stosownym ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia"*. Zdaniem Odwołującego w świetle okoliczności szczegółowo opisanych w pkt. I uzasadnienia Odwołania wynika, że Stecol jest winien poważnego wykroczenia zawodowego z uwagi na swoje naganne postępowanie podczas realizacji przebudowy obwodnicy Nanwaihuan, powinien on był zaznaczyć odpowiedź *„TAK"* na ww. pytanie JEDZ. Według Odwołującego, zatajenie informacji o stwierdzonych naruszeniach, które ostatecznie doprowadziły do śmiertelnego wypadku, miało wpływ na decyzje Zamawiającego w Postępowaniu, albowiem Zamawiający uznał, że Stecol nie podlega wykluczeniu. Odwołujący powołał się na wyrok Izby z dnia 28 listopada 2022 r. wydany w sprawie sygn. akt KIO 2960/22. Odwołujący pozostawił do oceny Izby przesądzenie, czy zachowanie Stecol miało miejsce w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, czy też w wyniku rażącego niedbalstwa lub zamierzonego działania. Odpowiednio więc w Odwołaniu postawiono alternatywny zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 p.z.p. lub art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. Zależnie od stwierdzonego przez Izbę stopnia zawinienia po stronie STECOL, w ocenie Odwołującego STECOL powinien zostać wykluczony z Postępowania na podstawie jednego z tych przepisów (niezależnie obok wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 p.z.p. w związku z poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych).
Odwołujący wskazał, że informacje wskazujące na wystąpienie zdarzenia stanowiącego poważne naruszenie przez STECOL jego obowiązków zawodowych, wynikające z oficjalnego sprawozdania opisującego także śmiertelny wypadek, który miał miejsce w dniu 13 kwietnia 2022 r. na placu budowy obwodnicy Nanwaihuan w rejonie Nanqu miast Zhongshan w Chinach, są publicznie dostępne na chińskiej rządowej stronie internetowej Biura Zarządzania Kryzysowego miast Zhonghsan.

W złożonej pismem z 18 grudnia 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W zakresie zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zdaniem Zamawiającego nie ziściły się przesłanki wskazane w tym przepisie, w szczególności nie sposób przypisać Stecol zamierzonego działania czy rażącego niedbalstwa. Podobnie, zdaniem Zamawiającego w sprawie nie mają zastosowania podstawy wykluczenia opisane w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, gdyż Odwołujący nie wykazał w ocenie Zamawiającego, jaki wpływ na decyzje Zamawiającego miało bądź mogło mieć zaniechanie przedstawienia Zamawiającemu okoliczności o ww. wypadku.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne i może ponieść szkodę.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego, w ustawowym terminie, skutecznie zgłosił wykonawca Stecol Corporation z siedzibą w Tianjin (dalej jako: *„Stecol"* lub *„Przystępujący"*).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody, tj. załączniki do odwołania, dowody przedstawione przez Zamawiającego i Przystępującego podczas posiedzenia i rozprawy.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne, jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej: *„SWZ"*) Tom I instrukcja dla wykonawców (dalej: *„IDW"*), Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 4.2 wskazał, że będzie stosował procedurę, o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp (tj. tzw. procedurę odwróconą). W rozdziale 9 IDW opisano przesłanki wykluczenia wskazując m.in., że:
„Dodatkowo Zamawiający wykluczy Wykonawcę:
1)który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, chyba że Wykonawca przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności;
2)który naruszył obowiązki w dziedzinie ochrony środowiska, prawa socjalnego lub prawa pracy będącego osobą fizyczną skazanego prawomocnie za przestępstwo przeciwko środowisku, o którym mowa w rozdziale XXII Kodeksu karnego lub

za przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, o którym mowa w rozdziale XXVIII Kodeksu karnego, lub za odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego;
3)jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa pkt. 2) powyżej;
4)w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury;
5)który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów;
6)jeżeli występuje konflikt interesów w rozumieniu art. 56 ust. 2 ustawy Pzp, którego nie można skutecznie wyeliminować w inny sposób niż przez wykluczenie Wykonawcy;
7)który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;
8)który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;
9)który bezprawnie wpływał lub próbował wpływać na czynności Zamawiającego lub próbował pozyskać lub pozyskał informacje poufne, mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
10)który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia."

Zgodnie z pkt 10.6 IDW w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia Wykonawca składa m.in. f) oświadczenie Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego, o których mowa w:

- art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp,
- art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp dotyczących orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka zapobiegawczego,
- art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp dotyczących zawarcia z innymi Wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji,
- art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp,
- art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odnośnie do naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1170),
- art. 109 ust. 1 pkt 5-10 ustawy Pzp.

W pkt 10.2 IDW, Zamawiający wskazał, że oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp nie jest podmiotowym środkiem dowodowym i stanowi tymczasowy dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą m.in. Jednolity Europejski Dokument Zamówienia/Jednolite Europejskie Dokumenty Zamówienia wymagane postanowieniami pkt. 10.2., 11.9. i 13.3. IDW.

Zamawiający nie przewidział aukcji elektronicznej.

Do upływu terminu składania ofert wpłynęło 12 ofert.

Stecol złożył wraz z ofertą wypełniony formularz JEDZ, gdzie w odpowiedzi na pytanie wskazane w części III lit. C: *„Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego? W stosownych wypadkach zob. definicje w prawie krajowym stosownym ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia"*, zaznaczył odpowiedź *„NIE"*.

Następnie pismem z 28 września 2023 r. Stecol złożył pismo przewodnie do pisma z 27 września zawierającego *„oświadczenie dodatkowe Wykonawcy dot. self-cleaningu w zakresie podania nieprawdziwych informacji"*.

23 listopada 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Stecol. Zamawiający podał następujące uzasadnienie*„Oferta najkorzystniejsza wybrana została zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ)*

TOM I pkt 21.1, którymi były:

Cena – 55% (oferta uzyskała punktów 55)

Kryteria pozacenowe - 45% (oferta uzyskała punktów 45), w tym:

a) Przedłużenie Okresu Gwarancji Jakości na następujące elementy: ekrany akustyczne wraz z ich posadowieniem, instalacje zasilające, konstrukcje wsporcze – oferta uzyskała 20 pkt,

b) Przedłużenie Okresu Gwarancji Jakości na obiekty mostowe wraz ich z wyposażeniem, tj. w zakresie: konstrukcji pomostu, konstrukcji dźwigarów głównych, przyczółków, filarów, łożysk, izolacji wodoszczelnych, zabezpieczenia przerw dylatacyjnych, konstrukcji schodów i pochylni – oferta uzyskała 20 pkt,

c) Zagospodarowanie na Placu Budowy pozyskanego destruktu asfaltowego – oferta uzyskała 5 pkt.

Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta nie podlega odrzuceniu oraz otrzymała najwyższą liczbę punktów tj. 100, obliczoną zgodnie ze wzorem określonym w pkt 21.2. IDW."

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, będących podstawą orzekania w przedmiotowej sprawie.

art. 109 ust. 1 pkt 5, 8, 10 ustawy Pzp

1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: (…)

5) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów; (…)

8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych; (…)

10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy Pzp

1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę:

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub (…)

Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie z następujących powodów.

Ad zarzutu 1 (naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp)

Celem wykazania, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Odwołujący powinien był udowodnić, że kumulatywnie ziściły się przesłanki wskazane w treści tego przepisu. Przepis ma charakter otwarty, na co wskazuje użycie sformułowania *„w szczególności"*, zatem minimum przesłanek koniecznych do wykazania przez Odwołującego w okolicznościach tej sprawy, zawiera się w pierwszej części przepisu i ostatniej, tj. należy wykazać, że wykonawca, który potencjalnie powinien zostać wykluczony z postępowania *„w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość"*, a także, że *„co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów"*.

W tym miejscu Izba wskazuje, że został wydany, przywołany przez Przystępującego, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 września 2023 r. w połączonych sprawach, o sygn. akt KIO 2572/23 i 2574/23. Orzeczenie to został wydane w wyniku rozpoznania odwołań złożonych w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, który przewidział przesłankę wykluczenia wskazaną w treści art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) oraz pkt 8 ustawy Pzp, a Izba uwzględniając odwołanie w sprawie 2574/23 nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia razem z Przystępującym, na podstawie art. 109 ust.1 pkt 2 lit c) i pkt 8 ustawy Pzp. Odnotowania wymaga, że powyższy wyrok Izby nie jest prawomocny, ponieważ została złożona skarga. Podstawę faktyczną powyższego rozstrzygnięcia stanowiło zdarzenie polegające na wypadku w miejscu pracy, do którego doszło przy okazji realizacji inwestycji budowlanej na terenie Chin, w której Przystępujący pełnił rolę generalnego wykonawcy, tj. to samo zdarzenie, na które w podstawie faktycznej rozpoznawanego zarzutu powołuje się Odwołujący.

Przystępujący powołał się na ww. okoliczność i podkreślił, że w tym postępowaniu Zamawiający nie przewidział przesłanki wykluczenia wskazanej w treści art. 109 ust. 1 pkt 2 lit c) ustawy Pzp, wobec czego nie można zastępować tej przesłanki, przesłanką wykluczenia wskazaną w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Odwołujący z kolei prezentuje stanowisko, zgodnie z którym w okolicznościach tej sprawy możliwa jest kumulacja przesłanek wykluczenia w odniesieniu do tych samych okoliczności faktycznych.

Na podstawie złożonego wraz z odwołaniem tłumaczenia uwierzytelnionego z języka chińskiego *„Sprawozdania z*

postępowania wyjaśniającego w sprawie wypadku w miejscu pracy zwykłego stopnia zaistniałego 13 kwietnia na placu budowy przy obwodnicy Nanwaihuan w rejonie Nanqu miasta Zhonghsan"(dalej: *„Sprawozdanie"*), Izba ustaliła, że Stecol pełnił na tej inwestycji rolę generalnego wykonawcy. Podmiotem wskazanym w Sprawozdaniu jako bezpośrednio odpowiedzialnym za wypadek – w sprawozdaniu wskazanym jako *„główna osoba odpowiedzialna"* – jest pan W. Y., tj. faktyczny wykonawca projektu demontażu miejskiego oświetlenia drogowego oraz komplementarnych przewodów elektrycznych w ramach przebudowy obwodnicy Nanwaihuan. Natomiast ofiarą wypadku był pracownik tymczasowy, który został zatrudniony do demontażu miejskiego oświetlenia drogowego oraz komplementarnych przewodów elektrycznych.

W Sprawozdaniu wskazano, że Stecol w kwietniu 2022 r. zlecił wykonanie ww. zakresu prac podwykonawcy, na postawie ustnej umowy. Wskazano, że strony nie zawarły specjalnej umowy o zachowaniu właściwych warunków bezpieczeństwa. Stwierdzono, że bezpośrednią przyczyną wypadku była okoliczność, że lina podnosząca oraz całość latarni nie były wystarczająco mocno związane, w wyniku czego unoszone przez dźwig ramiona latarni spadły przygniatając pracownika, który w wyniku ciężkich obrażeń, zmarł. W Sprawozdaniu stwierdzono, że *„jednostka produkcyjno – operacyjna nie wypełniła obowiązków związanych z odpowiedzialnością za bezpieczeństwo pracy"*, a uchybienia jakich dopuścił się Przystępujący polegały na tym, że zlecił on pracę nie zawierając z podwykonawcą specjalnej umowy o zachowaniu właściwych warunków bezpieczeństwa, nie sprecyzował odpowiedzialności poszczególnych stron za zapewnienie bezpieczeństwa, nie delegował inspektora bezpieczeństwa, nie zaimplementował zasad realizacji technicznej i bezpieczeństwa, nie egzekwował od zatrudnionych pracowników ścisłego przestrzegania zasad realizacji technicznej i bezpieczeństwa, a także porządku, wykrywania i reagowania na potencjalne zagrożenie w miejscu pracy, nie zastosował odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych, nie wykrył i nie zapobiegł w odpowiednim czasie zagrożeniu wypadkiem.

Ze Sprawozdania wynika, że wypadek uznano za zaistniały *„w wyniku zaniedbania"*, a także, że wypadek ten ujawnił nieprawidłowości w zarządzaniu w zakresie bezpieczeństwa pracy przez podwykonawcę i Stecol oraz ustalono, że zarówno podwykonawca jak i Stecol są odpowiedzialni za ten wypadek.

W tym miejscu Izba wskazuje, że wobec niezakwestionowania skutecznie przez Zamawiającego i Przystępującego treści tłumaczenia Sprawozdania, w tym zaniechania przedstawienia innych dokumentów z których wynikałby inny stan faktyczny spornego zdarzenia, Izba uznała że dowód ten jest wiarygodny i oparła na nim swoje ustalenia w zakresie zaistniałego zdarzenia.

Mając na uwadze treść zarzutu, Izba uznała, że Odwołujący nie zdołał wykazać, aby ww. stan faktyczny wypełniał przesłanki wymienione w treści art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Mając na uwadze stanowisko wskazane w treści pkt 23 nie jest dla Izby jasne, z czego Odwołujący wywodzi wskazaną w pkt iii) okoliczność, że wypadek miał miejsce w związku z brakiem wdrożenia zaleceń wynikających z uprzednich kontroli dokonywanych przez właściwe organy władzy publicznej. W ocenie Izby w treści Sprawozdania jest mowa o sygnalizowaniu nieprawidłowości w zakresie bezpieczeństwa pracy i organizowaniu spotkań, podczas których apelowano do Stecol o wypełnianie obowiązków z zakresu bezpieczeństwa pracy. Nie zostały w Sprawozdaniu dokładnie opisane zauważone nieprawidłowości.

Przystępujący natomiast złożył dowód w postaci trzech zawiadomień o konieczności usunięcia potencjalnego zagrożenia bezpieczeństwa w robotach budowlanych, odpowiednio z 1, 16 i 29 marca 2022 r. (dowód 3), z których wynika że stwierdzone naruszenia dotyczyły zupełnie innego zakresu niż ten objęty wypadkiem. Z Zawiadomienia z 1 marca 2022 r. wynika, że potencjalne zagrożenia bezpieczeństwa stwierdzono w związku z pracami polegającymi na rozbiórce mostu. Zawiadomienie z 16 marca 2022 r., dotyczyło bezpieczeństwa korzystania z energii elektrycznej w kontekście podłączenia przewodów, czy ogrodzenia obszaru wykonywania prac i wyznaczenia personelu do pilnowania. Natomiast Zawiadomienie z 29 marca 2022 r. dotyczyło ustawienia skrzynek elektrycznych, skarpowania oraz przykrycia ziemi. Nie są to więc uchybienia mające związek z zakresem prac polegającym na demontażu miejskiego oświetlenia drogowego oraz komplementarnych przewodów elektrycznych. Ponadto Przystępujący wykazał za pomocą tego dowodu, że uchybienia te zostały usunięte zgodnie z wymaganiami. Dodatkowo wskazać trzeba, że ostatnie z uchybień było usunięte 6 kwietnia 2022 r., tj. przed spornym wypadkiem, który miał miejsce 13 kwietnia 2022 r.

Wreszcie wskazać należy, że użyte w treści art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp pojęcie *„obowiązków zawodowych"* odnosić należy do obowiązków właściwych dla danej branży, których źródło może być zarówno w ustawie, umowie jak i normach obowiązujących w danym zawodzie wynikających np. z kodeksów etyki zawodowej. Zatem w ocenie Izby w przedmiotowej sprawie, aby wykazać spełnienie się przesłanek wskazanych w omawianej regulacji, Odwołujący musiałby m.in. wykazać że Przystępujący naruszył obowiązki zawodowe, tj. właściwe dla branży budowlanej i obowiązujące tylko podmioty w tej branży działające. Przykładowo można tu wskazać obowiązki wynikające z szeroko rozumianych przepisów regulujących proces budowlany, w tym wykonanie robót budowlanych zgodnie z tzw. sztuką budowlaną, posłużeniem się personelem o odpowiednich kwalifikacjach, zastosowaniem odpowiednich materiałów budowlanych, wykonanie obliczeń, innymi słowy czynności, które przekładają się na efekt pracy, który powinien być

wykonany zgodnie z zasadami obowiązującymi i stosowanymi w danej branży, tu w branży budowlanej.

W ocenie składu orzekającego Odwołujący nie zdołał wykazać, że mamy do czynienia w okolicznościach tej sprawy, z naruszeniem obowiązków zawodowych. Izba nie twierdzi tym samym, że wykonawca robót budowlanych nie ma obowiązku przestrzegać zasad bezpieczeństwa na inwestycji, w tym zasad związanych z bezpieczeństwem pracy, niemniej jednak w ocenie składu orzekającego Odwołujący nie wykazał, że w tych okolicznościach stwierdzone w Sprawozdaniu uchybienia mogą być utożsamione z obowiązkami zawodowymi w rozumieniu przepisu art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Ponadto nie sposób nie dostrzec, że ze Sprawozdania załączonego do odwołania wynika, że doszło do złamania zasad związanych z zarządzaniem bezpieczeństwem, w tym zaniechania wypełnienia obowiązków dotyczących bezpieczeństwa pracy. Nie stwierdzono tym samym naruszenia przez Stecol obowiązków zawodowych, tj. związanych z wykonaniem robót, czy prac z nimi związanych, zgodnie z tzw. sztuką budowlaną. Zdaniem Izby uchybienia Stecol związane są z brakiem odpowiedniego nadzoru nad podwykonawcą w zakresie wykonania zleconych prac w sposób bezpieczny. Również zaniechanie zawarcia umowy w formie pisemnej i uregulowanie kwestii związanych z odpowiedzialnością między Stecol a podwykonawcą nie może być zdaniem Izby w okolicznościach tej sprawy uznane za obowiązek zawodowy. Przede wszystkim Odwołujący nie wykazał, aby na Przystępującym w tym zakresie ciążył obowiązek ustawowy, czy umowny. Tym samym nie zachodzi zdaniem Izby analogia między tym stanem faktycznym a sprawą rozstrzygniętą przez Izbę przywołanym przez Odwołującego wyrokiem z 13 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 811/22 i KIO 812/22. Innymi słowy, dla ewentualnego uznania, że doszło do naruszenia obowiązków zawodowych, Odwołujący powinien był wykazać, że na Stecol ciążył obowiązek (ustawowy, czy umowny) zawarcia pisemnej umowy z podwykonawcą i uregulowania zasad odpowiedzialności, co nie miało miejsca w tej sprawie.

Niezależnie od powyższego Izba przychyla się do stanowiska wyrażonego przez skład orzekający Izby w sprawie o sygn. akt KIO 2572/23 i 2574/23 i dokonanej tam oceny prawnej rozpoznawanych okoliczności faktycznych. Dodatkowo podkreślić należy, że z samej treści Sprawozdania wynika, że zdarzenie zostało zakwalifikowane jako naruszające przepisy w zakresie bezpieczeństwa pracy, a zatem nie obowiązki zawodowe. Zdaniem Izby w ustawie Pzp ustawodawca nie bez powodu wyodrębnił zachowania związane z naruszeniem przepisów prawa pracy do osobnej przesłanki wykluczenia. Regulacje z zakresu prawa pracy mają bowiem charakter uniwersalny w tym sensie, że obowiązują każdy podmiot, który zatrudnia pracowników, bez względu na rodzaj prowadzonej działalności, czy branżę w której działa. Nie byłoby właściwym mając na uwadze treść art. 109 ustawy Pzp, a także treść Sprawozdania w tym charakter stwierdzonych naruszeń, utożsamiać w okolicznościach tej sprawy naruszenia zasad bezpieczeństwa pracy z naruszeniem obowiązków zawodowych. Przypomnieć należy, że przesłanki wykluczenia jako prowadzące do najdotkliwszej sankcji dla wykonawcy, nie powinny być interpretowane rozszerzająco.

Mając na uwadze mnogość i różnorodność stanów faktycznych nie sposób wykluczyć, że może wystąpić stan faktyczny, który jednocześnie wypełni kilka przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 ustawy Pzp, niemniej jednak zdaniem Izby w okolicznościach tej sprawy nie można uznać, aby analizowany stan faktyczny wypełniał znamiona wskazane zarówno w treści art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) jak i w pkt 5), ponieważ nie zostało wykazane aby doszło do naruszenia obowiązków zawodowych.

Ocena pozostałych przesłanek, tj. czy mamy do czynienia z poważnym naruszeniem, czy doszło do podważenia uczciwości wykonawcy oraz czy Zamawiający mógł te okoliczność wykazać za pomocą dowodów, ma wtórne znaczenie wobec stwierdzenia, że nie mamy do czynienia z naruszeniem obowiązków zawodowych. Niemniej jednak w ocenie Izby nie sposób w okolicznościach tej sprawy przesądzić, że doszło do poważnego naruszenia, skoro Odwołujący nie wykazał aby można było przypisać Przystępującemu winę czy rażące niedbalstwo. Ponadto nie sposób pominąć wysokości nałożonej na Przystępującego kary oraz regulacji prawnej, będącej podstawą jej wymierzenia (dowód 1). Dla porównania, odnotować przy tym należy, że w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit c) stopień naruszenia nie ma znaczenia, istotne jest aby naruszenie miało miejsce. Następnie, zdaniem Izby Odwołujący nie uzasadnił w żaden sposób, aby doszło do podważenia uczciwości wykonawcy, w szczególności w sytuacji kiedy legitymuje się on pozytywnymi referencjami za zrealizowaną inwestycję na której doszło do wypadku (dowód 2).

Tym samym zarzut podlegał oddaleniu jako niewykazany.

Ad zarzutu wprowadzenia w błąd (art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp)

Zarzut jest konsekwencją zarzutu pierwszego, tj. Odwołujący domaga się wykluczenia Przystępującego z uwagi na to, że w odpowiedzi na pytanie zawarte w części III lit. C formularza JEDZ udzielił odpowiedzi *„NIE”*, czym w ocenie Odwołującego wprowadził Zamawiającego w błąd. Odwołujący powołał się przy tym na stanowisko Izby zajęte w sprawie o sygn. akt KIO 2960/22. Jednak w ocenie Izby w przywołanej sprawie stan faktyczny był odmienny. Sprawa bowiem dotyczyła oceny zachowania polegającego na dopuszczeniu się zmowy przetargowej i to na dodatek w kilkuletniej perspektywie czasowej. W ocenie składu orzekającego nie ma wątpliwość co do tego, że naruszenia prawa antymonopolowego mogą wpisywać się w przesłankę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ mogą

być utożsamiane z obowiązkami zawodowymi. Można tu pokusić się o stwierdzenie, że chodzi poniekąd o zasady etyczne w zakresie szeroko pojętej uczciwości kupieckiej wynikające wprost z ustawy i obowiązujące każdego przedsiębiorcę.

Jednak w okolicznościach tej sprawy, zdaniem składu orzekającego nie sposób stwierdzić, że ziściła się przesłanka wykluczenia Przystępującego z uwagi na okoliczność, iż na przywołane w treści zarzutu pytanie JEDZ, udzielił on odpowiedzi negatywnej. Istotna tego zarzutu wynika wprost z uzasadnienia odwołania wskazanego w pkt 44 i 45 zatem inne okoliczności faktyczne nie były podstawą tego zarzutu. Wobec stwierdzenia, że zarzut 1 nie został wykazany, w konsekwencji również zarzut 2 podlegał oddaleniu.

Dowody złożone przez Zamawiającego nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Zamawiający skoncentrował się na wykazaniu, że Odwołujący w rzekomo podobnej sytuacji również nie przyznawał się w treści formularza JEDZ do poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, jednak wskazać należy, że te okoliczności nie były objęte zakresem zarzutów odwołania.

Dowody złożone przez Przystępującego w postaci fotografii zdobytych nagród również nie miały dla Izby przesądzającego znaczenia w okolicznościach tej sprawy.

Zarzuty odwołania nie dotyczyły pism Przystępującego z 27 i 28 września 2023 r. złożonych Zamawiającemu, zatem korespondencja ta nie podlegała ocenie przez Izbę.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 związku z § 2 ust. 2 pkt 2 w z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Izba wskazuje, że działając na podstawie § 5 pkt 2 lit. b) ww. rozporządzenia, że uznała zgłoszonego przez Zamawiającego kosztu dojazdu za wydatek uzasadniony. Przepis stanowi bowiem, że łączna kwota wynagrodzenia i wydatków jednego pełnomocnika nie może przekraczać kwoty 3600 złotych. Wobec zgłoszenia kosztów zastępstwa na kwotę 3600 złotych, nie było podstaw do zasądzenia kosztów dojazdu, jako wykraczających ponad tą wartość.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……..…

……..…

……..…